

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3319/2014-MARPU

ATA/936/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 26 novembre 2014

sur effet suspensif

dans la cause

KOSBAT 7 Sàrl

représentée par Me Jaroslaw Grabowski, avocat

contre

OFFICE DES BÂTIMENTS

et

BELLONI SA

représentée par Me Bruno Megevand, avocat

Attendu, en fait, que :

- 1) a. Par avis publié le 15 avril 2014 dans la Feuille d'avis officiel de la République et canton de Genève et sur le site internet des marchés publics SIMAP, l'office des bâtiments (ci-après : OBA), rattaché au département des finances (ci-après : le pouvoir adjudicateur), a lancé, pour le compte de ce dernier, en procédure ouverte, un marché de travaux de construction, CPV : 45000000 - Travaux de construction, CFC 2851 - peinture intérieure, intitulé « centre médical universitaire-CMU-Étapes 5 & 6 - LOT 285.00 232».
 - b. Le marché avait pour objet la réalisation des travaux de peinture intérieure des étages 5 et 6 du CMU, dans un immeuble en construction, 1, rue Michel-Servet.
 - c. Le pouvoir adjudicateur était représenté par la direction des constructions du département. Le délai de remise des offres était fixé au 26 mai 2014.
- 2) Le marché était divisé en deux lots. Il était possible de présenter une offre pour tous les lots, avec ou sans variantes, mais pas d'offres partielles.
 - 3) Le dossier d'appel d'offres K2 traitait des conditions générales et particulières à respecter dans la soumission et contenait les informations sur les annexes à retourner complétées avec le dossier d'offre.

Il énonçait également les critères d'appréciation des offres soit critère 1 : le prix (pondération de 50 %) ; critère 2 : l'organisation pour l'exécution du marché et qualité technique de l'offre (pondération de 25 %) ; critère 3 : les références et expériences (pondération de 20 %) ; critère 4 : la formation professionnelle (pondération de 5%).

Le barème des notes était celui figurant à l'annexe T1 du guide romand des marchés publics édité par la conférence romande des marchés publics, les notes allant de 0 à 5. La notation du prix se ferait selon la méthode T2 décrite dans le guide précité.

Pour permettre l'évaluation des différents critères, les soumissionnaires devaient joindre à leur offre plusieurs annexes complétées énumérées dans le dossier d'appel d'offre K2.

En référence au guide romand des marchés publics, il s'agissait de :

- pour l'évaluation du critère 2 précité, l'annexe R6 relative à la « planification des moyens », humains et matériels, avec indication de l'identité et de la fonction des personnes-clé, du nombre moyen des personnes prévues sur la durée du chantier, à laquelle devait être joint un planning d'intention selon les échéances fixées signé par le soumissionnaire ; l'annexe R8 relative à la répartition des tâches et des responsabilités constituée d'un organigramme laissant apparaître clairement les noms

des principaux intervenants (personnages-clé), la répartition des tâches et des responsabilités et les liens hiérarchiques ; l'annexe R9 relative à la « qualification des personnes-clé » indiquant, pour chaque personne-clé, mais trois au maximum, le détail de sa formation et de ses qualifications.

- Pour l'évaluation du critère 3 précité, de l'annexe Q8 relative aux « références » dans lesquelles le soumissionnaire devait faire état dans des annexes distinctes de trois chantiers sur lesquels elle était intervenue. En mentionnant le nom du maître de l'ouvrage, le type de marché, le montant de celui-ci et en fournissant certains autres détails requis.

- 4) Kosbat 7 Sàrl (ci-après : Kosbat), société sise à Châtelaine, a présenté une offre le 23 mai 2014 pour un montant de CHF 806'158,06 TTC pour le lot 1, une offre de CHF 645'961,49 TTC pour le lot 2 et une offre globale de CHF 1'400'000.-.

Elle a notamment transmis les annexes R6, R8 et R9. Pour l'annexe R6, elle a mentionné six personnes-clé et un nombre moyen de quinze personnes prévues sur la durée du chantier mais n'a pas transmis de planning d'intention. Elle a notamment complété trois annexes Q8. Il s'agissait d'un chantier de peinture exécutée en 2012 auprès de l'organisation mondiale de météo, d'un montant de CHF 210'000.-; d'un chantier de plâtrerie peinture exécutée en 2013 pour le compte d'une entreprise de télécommunications d'un montant de CHF 260'000.-; d'un chantier de peinture et enduits intérieurs exécutés en 2013 dans le cadre de la rénovation d'un collège pour un montant de CHF 300'000.-.

- 5) Parmi les autres soumissionnaires, Belloni SA (ci-après : Belloni) a présenté une offre le 26 mai 2014 pour un montant de CHF 938'668,40 TTC pour le lot 1, une offre de CHF 782'861,20 TTC pour le lot 2 et une offre globale de CHF 1'721'529,60.

Elle a notamment transmis les annexes R6, R8 et R9. Pour l'annexe R6, elle a mentionné six personnes-clé et un nombre moyen de quinze personnes prévues sur la durée du chantier mais n'a pas transmis de planning d'intention. Elle a notamment complété trois annexes Q8. La première concernait un chantier exécuté en 2011 sur le chantier d'une clinique privée, pour les travaux de peinture bactéricide de haute résistance dans les salles médicales, d'un montant de CHF 1'150'000.- ; la deuxième, un chantier exécuté dans un EMS en 2009 pour des travaux de peinture de même type d'un montant de CHF 1'920'000.- ; la troisième, un chantier des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) dont l'exécution avait commencé au début 2010 pour des travaux de peinture de même type, d'un montant de CHF 1'250'000.-.

- 6) Par décision du 14 octobre 2014, reçue par Kosbat le 24 octobre 2014, le pouvoir adjudicateur a avisé cette dernière que le marché était adjugé à Belloni.

Annexé à cette décision figurait le tableau d'analyse multicritères, duquel il ressortait les éléments suivants :

		Kosbat		Belloni	
Critère 1	note	5,00		3,31	
Prix	Nombre de points		250		165,34
Pondération : 50 %	(note x pondération)				
Critère 2	note	2,00		3.63	
organisation	Nombre de points		50		90,63
Pondération : 25 %	(note x pondération)				
Critère 3	note	2,00		4,00	
références	Nombre de points		40		80
Pondération : 20 %	(note x pondération)				
Critère 4	note	3,25		5,00	
formation prof.	Nombre de points		16,25		25
Pondération : 5 %	(note x pondération)				
Total des points			356,25		360,96

- 7) Par acte déposé le 31 octobre 2014, Kosbat a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision d'adjudication du 14 octobre 2014 précitée, reçue le 24 octobre 2014, concluant à son annulation, à l'adjudication du marché, subsidiairement à ce qu'après annulation le dossier soit retourné au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision.

Préalablement, elle a conclu à la restitution de l'effet suspensif, vu les chances de succès de son recours et vu l'absence d'intérêt public ou privé prépondérant à ce que la décision attaquée déploie immédiatement ses effets et débouche sur la conclusion du contrat d'entreprise.

Son offre avait été évaluée de manière arbitraire et d'une façon qui violait les principes régissant le droit des marchés publics.

Elle contestait en particulier la façon dont le critère 2, relatif à l'organisation du marché et à sa capacité à respecter les délais, avait été évalué. En mai 2013, elle avait présenté une offre au département dans le cadre du même chantier des HUG, avec la même organisation et le même organigramme. Elle avait obtenu la note de 3,15 alors que, de manière incompréhensible, elle avait reçu un 2 pour la présente soumission. Son offre n'avait pas été évaluée en fonction des critères d'aptitude et d'adjudication légaux, lesquels devaient être objectifs, vérifiables et pertinents. Une autre entreprise concurrente avait obtenu la note de 2,5 alors qu'elle n'avait mentionné que deux personnes de référence. Elle contestait ne pas avoir la capacité à respecter les délais. L'écart de points avec Belloni ne se justifiait pas. Son droit à obtenir une décision motivée avait été violé dès lors qu'elle ne comprenait pas ce qui avait déplu au département dans l'offre qu'elle lui avait soumise.

Elle émettait les mêmes griefs au regard du critère 3. Elle avait fourni trois références, puis, sur requête du département, une liste de sept autres chantiers. Le département n'avait pas contacté les maîtres de l'ouvrage des chantiers qu'elle avait cités. Il s'était moqué des références qu'elle avait fournies. Elle avait reçu la note 2 et Belloni la note 4, alors qu'elle pouvait justifier d'une solide expérience depuis six ans. La note qui lui avait été infligée était d'autant moins justifiable qu'elle était spécialisée dans le traitement des résines et peintures à doubles composants du type de celles utilisées pour le chantier du CMU. Ces circonstances auraient dû justifier l'octroi d'une note 4. C'était d'autant plus vrai que l'un de ses employés, détaché à 100 % pour le chantier objet de l'appel d'offres, était architecte diplômé en Suisse et que sa présence garantissait le sérieux de l'organisation et de son suivi. Il avait fait fi de sa réelle expérience et clairement violé l'égalité de traitement en favorisant Belloni. Au demeurant, cette dernière emportait souvent la mise dans les chantiers de l'État et l'instruction devait également porter sur cet aspect.

L'adjudicataire était près de 20 % plus chère que la recourante. Dès lors, le principe de l'offre la plus avantageuse économiquement avait été violé puisque son devis était de CHF 331'529.- supérieur au sien. L'annexe F du dossier d'appel d'offres contenait les soumissions que la recourante devaient remplir pour les étapes 5 et 6. Il s'agissait de documents pré-imprimés remis par le département. Certaines rubriques étaient qualifiées de « non comptabilisées », c'est-à-dire qu'il s'agissait de travaux en option. Or, ces travaux étaient généralement réalisés quand bien même les coûts y relatifs n'étaient pas additionnés à la somme proposée par le soumissionnaire à l'adjudication. Elle offrait de prouver, à l'appui de son recours, que la présence de postes relatifs à des montants « non comptabilisés » dans l'annexe F2 étaient susceptibles d'établir qu'il existait une entente cordiale entre l'État et certaines entreprises. En effet, dans une telle hypothèse, celles qui soumissionnaient pouvaient mentionner au regard de ces postes des montants élevés. Ceux-ci n'étaient pas

comptabilisé mais, « au final » étaient effectués et payés, ce qui « faisait exploser » l'enveloppe payée par les citoyens. Il y avait lieu de prendre en compte cette facturation élevée pour apprécier les soumissions. L'instruction devrait porter sur cet aspect.

- 8) Le 31 octobre 2014, le juge délégué a ordonné l'appel en cause de Belloni (ci-après : l'appelée en cause).
- 9) Le 11 novembre 2014, l'OBA a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. Sur le fond, le recours était mal fondé.

Dans l'attribution des notes, l'adjudicataire bénéficiait d'une grande liberté d'appréciation. Les notes étaient attribuées sur la base des éléments d'appréciation annoncés dans le dossier d'appel d'offres. Pour le critère 2, l'OBA se fondait sur les annexes R6, R8 R9 et R14, mais également sur l'effectif de l'entreprise qui figurait sur l'annexe Q4 +.

Concernant le critère 2, la note obtenue par la recourante était liée aux réponses peu crédibles ou incomplètes qu'elle avait fournies en rapport avec l'annexe R6, de même qu'en rapport avec les annexes R6, R8, R9 et R14. Elle ne comprenait pas comment la recourante pouvait annoncer un effectif moyen sur le chantier de 15 personnes, soit de 15 personnes travaillant uniquement sur le chantier pendant toute la durée de celui-ci. En outre, elle n'avait pas fourni d'organigramme opérationnel pour l'exécution du marché. De son côté, l'appelée en cause avait rempli correctement les annexes R6, R8 et R9.

Concernant le critère 3, les références citées par la recourante ne se rapportaient pas à des chantiers de même importance, vu le montant des travaux effectués sur les trois chantiers cités, mais également au vu de la nature des travaux référencés qui, pour l'appelée en cause, avait été effectués en milieu hospitalier. Les compléments transmis après ouverture n'étaient pas pris en considération. Pour le critère 3, les notes étaient fixées en fonction des éléments figurant dans l'annexe Q8+, mais aussi en recourant à la notation, pour les sous-critères, prévue dans le barème T1 du dossier K2.

L'effet suspensif devait être refusé, dès lors qu'il y avait un intérêt public à ce que les étages 5 et 6 du CMU soient achevés, le bâtiment devant être opérationnel pour la rentrée universitaire 2016.

- 10) L'appelée en cause s'est déterminée le 14 novembre 2014, concluant au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. Les griefs formulés au sujet du critère 2 pouvaient être facilement réfutés. La comparaison qu'effectuait la recourante par rapport à la note qu'elle avait reçue au regard d'une soumission relative à un autre marché public n'était pas pertinente, dès lors que chaque marché devait être pris pour lui-même et que, au demeurant, les critères n'étaient pas

strictement identiques. Dans le présent marché, le critère 2 était intitulé « organisation pour l'exécution du marché et capacité à respecter les délais », alors que, dans le cas du marché public relatif au bâtiment des laboratoires dont se prévalait la recourante, il s'énonçait comme « organisation du candidat pour satisfaire des exigences du client ». L'examen des annexes fournies avec son offre par la recourante montrait le bien-fondé de l'évaluation faite du critère 2 par le pouvoir adjudicateur. En effet, les annexes n'étaient pas complètes ou peu crédibles.

La recourante se plaignait que sa capacité à respecter les délais avait été mise en doute. Il s'agissait cependant d'un pur procès d'intention fait au pouvoir adjudicateur au vu des éléments du dossier. En revanche, il était vrai que la recourante n'avait pas fourni le planning requis par ce dernier, contrairement à l'appelée en cause.

Les critiques que la recourante formulait en rapport avec l'évaluation du critère 3 montraient qu'elle méconnaissait les mécanismes d'évaluation des marchés publics. Elle oubliait qu'elle n'avait pas reçu une note absolue mais que son offre avait été évaluée au regard du marché en soumission, d'une part, et en la mettant en concurrence avec les autres entreprises ayant répondu à l'appel d'offres, d'autre part. En l'espèce, les références qu'elle avait fournies étaient moins bonnes que celles fournies par l'appelée en cause.

Le troisième grief de la recourante n'avait aucun fondement. Il revenait à critiquer la façon dont la grille d'évaluation avait été établie. Or, dans celle-ci, le département avait donné aux critères du prix un poids de 50 %, soit un poids important, ce qui exprimait son souci des deniers publics. La pratique alléguée par la recourante visant à fausser l'évaluation des prix en incluant dans l'offre des travaux en option non comptabilisés constituait une accusation sans fondement et qui se retournait contre la recourante du fait de son inanité.

- 11) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

Considérant, en droit, que :

- 1) La présidence de la chambre administrative est compétente pour statuer en matière de mesures provisionnelles (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 2) Le recours contre un appel d'offres d'une collectivité publique interjeté dans les dix jours par-devant l'autorité compétente est *prima facie* recevable (art. 15 al. 1 bis et 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 55 let. a et 56 al. 1 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 3) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 LPA).

Selon les art. 17 al. 1 AIMP et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP).

« L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chance de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice » (Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Bernard ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics* 2010, 2010, pp. 311-34 n. 15, p. 317).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/60/2013 du 30 janvier 2013 consid. 5 ; ATA/85/2012 du 7 février 2012 consid. 2 ; ATA/752/2011 du 8 décembre 2011 ; ATA/614/2011 du 28 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/214/2011 du 1^{er} avril 2011 et la jurisprudence citée).

- 4) En matière d'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/864/2004 du 26 octobre 2004 ; Peter GALLI/André MOSER/Élisabeth LANG/Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., 2013, p. 241 n. 564 et la jurisprudence citée).

La recourante se plaint de ce que son offre a été évaluée d'une manière qui la discrimine par rapport à celle présentée par l'adjudicataire. Elle s'en prend particulièrement à l'évaluation des critères 2 (organisation pour l'exécution du marché et qualités techniques de l'offre) et 3 (référence et expérience). Force est de constater, à ce stade de l'instruction qui ne fait que débiter, qu'elle se fonde, pour critiquer la décision qu'elle attaque, sur sa propre interprétation de la valeur des annexes qu'elle a fournies pour l'évaluation des critères 2 et 3 en substituant sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. En effet, les griefs qu'elle expose ne sont à première vue pas corroborés directement par des pièces figurant à la procédure. Il n'est a priori pas possible de comparer les notes obtenues avec celles obtenues lors d'un marché précédent pour des annexes complétées de manière identique car la notation obtenue pour un marché se fait exclusivement en fonction du marché considéré.

Au demeurant, le pouvoir adjudicateur a exposé dans sa réponse, de manière détaillée et a priori pertinente, les raisons qui l'ont poussé à accorder pour ces deux

critères la note que la recourante considère comme injuste. Il a également expliqué pour quelles raisons il a mieux noté l'offre de l'adjudicataire. Le bien-fondé des griefs précités, comme les allégations de favoritisme du département vis-à-vis de l'adjudicataire, feront l'objet de l'instruction au fond.

À ce stade, il ne ressort pas des pièces de la procédure que la décision attaquée puisse être taxée d'arbitraire. Les chances de succès ne sont donc pas suffisantes pour restituer l'effet suspensif au recours. En outre, l'intérêt privé de la recourante à obtenir le marché cède le pas à l'intérêt public de voir le chantier du CMU avancer sans nouveau délai.

- 5) La demande d'effet suspensif sera rejetée.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la demande de restitution de l'effet suspensif formée par Kosbat 7 Sàrl dans le cadre de son recours contre la décision d'adjudication du 14 octobre 2014 ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Jaroslaw Grabowski, avocat de la recourante, à Me Bruno Mégevand, avocat de Belloni SA, appelée en cause, ainsi qu'à l'office des bâtiments.

Le président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :